

Teoria da Ação

As grandes objeções ao conceito final de ação

ÁLVARO MAYRINK DA COSTA

Doutorado pela UERJ. Professor de Direito Penal e Criminologia. Presidente do Fórum de Execução Penal - EMERJ. Desembargador do TJ/RJ.

1. Engisch escreveu em *Der finale Handlungsbegriff* (1944) uma elegante crítica a Welzel ao desenvolver o seu próprio conceito de ação (conceito social), encontrando sua base num conceito superior da ação que corresponde a uma concepção prática da vida. Afirmar que não se deve ocultar que tal conceito social, natural e não naturalístico da ação, contém uma direção orientada à valoração jurídico-penal. A direção dada por Engisch aparece desligada do fim que persegue o autor individualmente. Observa-se que o critério da adequação é constitutivo, o que traz a diferença com o conceito finalista de Welzel (*Das neue Bild des Strafrechtssystems* - 1961). Sustenta que a posição welzeliana é demasiado restrita, pois não compreende todos os casos de dolo, visto que deve englobar as conseqüências da ação reconhecidas como necessárias ainda que não desejadas e representadas como possíveis, embora não aceitas pelo autor. (Welzel responde que se alguém atua tendo em vista as conseqüências necessárias ou reconhecidas como possíveis, tais conseqüências não são causadas cegamente, mas pertencem à “supradeterminação” do sentido, ainda que não sejam perseguidas pelo autor). Diz que o dolo eventual e a culpa consciente estão juntos e só se separam como “pedaços” da culpabilidade, entrando a doutrina finalista em conflito com as graduações da culpabilidade determinadas pelo legislador. Cita as dificuldades na tentativa de reestruturar a posição subjetiva do autor em relação ao resultado (distinção entre a intenção, o saber e a previsibilidade).

Também é objeto da crítica de Engisch a postura do erro, no que é ratificado por Wolf (*Der Handlungsbegriff in der lehre vom verbrechen* - 1964), ao afirmar “que o erro sobre as circunstâncias do ato é uma causa de exclusão da ação”. Se a ação é a configuração “consciente da realidade”, o dolo exige o “conhecimento do ato em todas as características que pertencem

cem ao tipo objetivo do injusto”. Ora, se o dolo pertence à ação, pertence também o conhecimento do ato, cuja falta (erro) exclui o dolo. Engisch (*Der finale Handlungsbegriff* - 1944) combate o conceito do dolo na doutrina finalista, não aceitando a posição de Welzel em relação ao dolo e à culpa como espécies distintas de ação que tenham repercussão secundária dentro da teoria do injusto.

O dolo e a culpa no sentido jurídico seriam tratados como uma porção no âmbito finalista da ação e dentro da doutrina do injusto ou, respectivamente, da doutrina da culpabilidade. Para Engisch, a ação dolosa e a culposa não se correspondem com o crime doloso e o culposo. Toda ação seria, em parte, dolosa e, em parte, culposa, pois certas consequências são perseguidas pelo autor e anteriormente calculadas, ao passo que outras são passadas por alto, não obstante serem previsíveis. Não se poderia olvidar que o crime como injusto típico é doloso ou culposo.

2. Até que ponto a culpa inconsciente é ação final?

Na célebre monografia, Bockelmann apresenta uma consideração crítica afirmando que a nova doutrina não explica satisfatoriamente a *causação culposa* (repetem Schönke e Nagler). Para ele tal reprovação é correta e os defensores do *conceito da ação* não podem iludir-se, tentando demonstrar na *causação evitável* a existência de relações com momentos finais, pois entre a ação dirigida a um resultado e a não dirigida existe uma diferença básica. O sistema de Welzel é erigido sobre tal diferença, e não parece que se possa dar tal reprovação à nova doutrina, apenas pelo fato de duplicar o conceito de ação para elidir certas perplexidades.

As objeções de Bockelmann (“*Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme*” - 1949) não estão certamente situadas nas *causações evitáveis*, que o finalismo separa de forma expressa das ações dolosas, como contrapartida delas e as remete para uma categoria especial sistemática. Situa-se mais aos atos negligentes que não consistem em causações, motivo pelo qual indaga: *com que direito são equiparados sem os trâmites da finalidade e do caráter doloso da ação?* Sabemos que nos crimes que implicam a causação de um resultado a ação só pode ser considerada como *ação típica* quando o fim é reprovável *ex lege* (v. g., Caio dispara sobre Tício e, obviamente, atua de um modo finalista na acepção genuína da expressão e se seus disparos vierem a causar a morte de Tício terá sido produzido por uma *atividade finalista*. Pergunta-se: (a) cumpriu todas as exigências que demanda o con-

ceito de uma ação de homicídio?; **(b)** por que não se exigir também que o dolo esteja dirigido à morte?; **(c)** por que não se exigir de Caio apenas o que precisamente *quis*, ao matar Tício, em relação ao objetivo por ele querido?

São dois os fundamentos em que se apóia a equiparação da finalidade e dolo: **(a)** *conceito de antijuridicidade deduzido pela doutrina finalista* (a antijuridicidade não é lesão de um bem simplesmente, isto é, o desvalor do resultado). A lei não proíbe todas as lesões a bens jurídicos, mas só aos que são incompatíveis com a vida ordenada da comunidade.

O momento da finalidade pertence ao injusto penal e os crimes dolosos e negligentes são diferenciados no tipo de injusto.

Para Bockelmann não pode existir um *conceito unitário* de injusto em que desapareçam as diferenças existenciais entre dolo e culpa. Tais casos surgem quando se realiza uma atividade sem dolo do tipo sendo um crime de mera atividade. É claro que o autor atua finalisticamente sem dolo e por outro lado não se trata de *causação evitável*. *Tais condutas não são antijurídicas?* Ficaria frustrada a tese de que da essência da antijuridicidade deve deduzir-se que o dolo pertenceria à ação e, com isso, desapareceria um dos fundamentos da equiparação da finalidade ao dolo; **(b)** *A ação não é um simples processo causal*. Seria um suceder intencional com sentido próprio, pois supõe o curso causal supradeterminado finalisticamente. Na ação a vontade dirige com pleno sentido a resultante do suceder no escuro (cego).

Por esse diapasão, o *momento final da ação seria igual ao dolo* (o próprio dolo).

Ora, sublinha Bockelmann, a lei penal cria tipos que podem ser realizados por uma conduta que deverá ser voluntária e final. Todavia não necessitaria ser proposta como meta da realização típica. Assim, não só sancionando *causações evitáveis*, o finalismo admite como formas acessórias da própria ação, mas também nos poucos casos em que proíbe a mera atividade. A lei não pode configurar a “unidade de sentido” à ação, de forma que resulte incompatível com o que a consciência jurídica geral considera objeto idôneo de uma resposta penal. Há que se orientar o *conceito de ação* na direção em que a vida social dirija a conduta humana. Nos limites da lei é absolutamente impossível ser reprovada pelo legislador penal. Para Bockelmann cairia o segundo fundamento em que se apóia o finalismo, *equiparação da finalidade e dolo*, e, portanto, *a prova da tese de que o dolo pertence à ação*.

Cita-se que só determinados tipos podem ser realizados dolosamente

(v. g., tentativa). Com tal traçado doutrinário diz Bockelmann que não se poderia considerar em alguns casos o *dolo como elemento da ação* e em outros como *elemento da culpabilidade*.

3. *Seria possível conceber o conceito de culpabilidade despojado do dolo entendido como sua característica?*

Perfilhando tal linha, só com resposta afirmativa é que seria compreendido como fator da ação. Para Bockelmann o *dolo* não pertenceria à ação e sim à culpabilidade, e “por mais que o conceito antropológico, pré-jurídico, da ação seja de tal índole que só englobe a conduta dolosa... o certo é que o conceito jurídico-penal da ação é uma espécie distinta”. Tanto Bockelmann como Mezger entendem sob o mesmo nome de *ação finalista* sustentada por Welzel, sendo que a discrepância não afeta o conceito, mas sua aplicação no campo do Direito Penal.

4. *Seria para o Direito Penal uma consequência inevitável o dolo como parte da ação?*

No âmbito jurídico o dolo é a expressão ontológica da finalidade (*dolo é finalidade juridicamente relevante*). Assim, no Direito Penal o dolo é a parte interna da ação injusta típica, e, conseqüentemente, finalidade jurídico-penal relevante. Niese escreve em seu *Finalität Vorsatz U. Fahrlässigkeit* (1951) que fora da doutrina finalista é freqüente tentar explicar através de um modo gráfico a relação do dolo com a ação, usando a metáfora de que o dolo é a imagem reflexa do ato na alma do autor. Tal giro está acomodado ao esquema tradicional, pois, após comprovada a tipicidade de uma ação, no dolo só cabe examinar se as circunstâncias típicas estão comprovadas, através da representação do autor. A verdadeira essência do dolo, alerta Niese, está dentro da ação, porque na realidade o dolo está no plano de execução da ação. O autor busca no dolo um plano para seu atuar, o dolo dentro da ação é um fator configurante ativo.

Desta forma, *só é finalista aquele que inclui o dolo na ação injusta*.

O problema do *conceito final da ação* foi abordado por Mezger desde as primeiras edições do Kurt-Lehrbuch (1949) e de maneira mais rica na monografia *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik* (1950) e, por último, num artigo publicado no *Juristenzeitung* (1952). Os ataques críticos de Mezger não se dirigem para uma doutrina final da ação corretamente

entendida, mas para um finalismo extraviado e seus efeitos na esfera do direito punitivo. Afirma que nenhum dogmata pode ser contrário ao finalismo, visto que ninguém nega na ação jurídico-penal a importância decisiva do obrar finalista *do autor*. Na doutrina os elementos subjetivos do injusto podem ser determinados também no *conceito do injusto* numa ampla visão finalística.

Para ele a polêmica só giraria em torno dos *limites* impostos a tal finalismo. Assim, não se poderá negar a necessidade no Direito Penal de uma doutrina final da ação. Mezger resume suas posições em quatro pontos: **(a)** nega que a ação, como fundamento do sistema jurídico-penal, seja um conceito causal; **(b)** a ação como fundamento do sistema é um *conceito final*, implicando o elemento voluntariedade, e sustenta uma revisão parcial da doutrina do tipo; **(c)** a ação como fundamento do sistema é um conceito afetado de sentido. A doutrina finalista englobaria somente uma parte da realidade ontológica da ação punível, o que seria *incompleto*, teria algo mais do que as relações finais do autor; **(d)** com independência das realidades ontológicas, o juízo e a valoração normativos se realizam pelo direito vigente. Defende a posição de que o dolo não pertence ao injusto, e em seu artigo *Wandlungen der Strafrechtlichen Tatbestandslehre* determina o alcance entre o *tipo de ação* (receber a carga total ontológica) e o *tipo do injusto*.

5. Maihofer em sua monografia *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem* fornece uma grande contribuição para o *thema*. Busca fundamentar um *conceito social de ação* frente ao *conceito natural de ação*, característico da dogmática tradicional e frente ao *conceito final de ação* (Welzel e Niese). Afirma que a *ação não é* um objeto como a mesa ou o livro, mas uma *conexão concreta*: conexão entre o sujeito que a realiza e o objeto sobre o qual recai. *A ação só existe como conexão, inexistindo sem agente, bem como não há agente sem ação*.

A ação liga o agente com o objeto da ação, de forma que na ação concreta o ato ao autor, o objeto ao sujeito, constituindo uma síntese.

Para Maihofer a *função* que há de cumprir o *conceito de ação* é triplíce: **(a)** conceito de ação é o elemento básico da união e o elemento limitativo do sistema do crime (a importância lógica do conceito de ação). A análise sistemática precisa partir de um conceito unitário fundamental para a total conexão sistemática; **(b)** a função como elemento de união (a importância sistemática do conceito de ação). Toda a sistemática jurídico-penal que

pretenda solucionar sua missão “sistematicamente” necessita ter em conta que os escalões valorativos a que se recorreu na tarefa de subsunção do crime surgem numa série funcional. Assim, numa ordem rigorosa teríamos *ação, injusto, culpabilidade e pena*, que podem realizar a comprovação e valoração sistemática de uma ação em seu conteúdo de desvalor como crime; **(c)** a função como elemento limitativo (a importância prática do conceito de ação).

Através de suas características pode-se fixar o limite máximo absoluto de consideração jurídico-penal e como elemento limitativo são deduzidas as exigências estruturais.

Maihofer considera o *conceito final da ação* como elemento básico do sistema do crime (necessidade do caráter unitário lógico). Surgem os problemas da estrutura em seus aspectos formal e material, sendo que as dificuldades não se situam na ordem de captação e reunião dentro do conceito superior de formas de conduta (fazer e omitir), como ocorria na *doutrina da ação natural*, senão a respeito da conduta dolosa e negligente.

A doutrina dominante considera o juízo desvalorativo expressado com a palavra *evitável* como a base da reprovação de culpabilidade da ação culposa. Tal desvalor não concerne só ao ato, mas àquilo que este autor devia evitar porque houvera podido fazê-lo, e ao invés, procedeu de outra maneira. Não se trataria da valoração de um ato abstrato, mas da relação concreta do autor com tal ato, razão pela qual a expressão *evitável* empregada por Welzel expressa corretamente o que fora examinado no tipo da culpabilidade.

Deste modo, na culpa a doutrina da ação seria absorvida pelas doutrinas do injusto e da culpabilidade. A antecipação no *conceito de ação* do tipo de culpabilidade produz como efeito que todos os casos, que em virtude de tal antecipação valorativa não são considerados como “ações”, ficam fora de toda valoração típica e antijurídica.

Assim, para Maihofer o *conceito final da ação* aparece como elemento limitativo do sistema. O conceito normativo final-subjetivo da ação está estruturado *como valorativo* e obtém seus módulos do conteúdo de desvalor dos tipos que a dogmática imperante considera como tipos de culpabilidade e do injusto. O conceito final-subjetivo da ação não poderia cumprir qualquer das funções primitivas do conceito de ação, como elemento básico, de união, ou limitativo. Para ele, uma sistemática edificada sobre tal base nunca poderá satisfazer as exigências de unidade, rigor lógico e utilidade prática, que determinam o valor sistêmico para a teoria e para a prática.

6. A idéia de que é impossível no plano ontológico submeter a conduta (ação ou omissão) a um conceito comum é superada pela teoria social da ação ao reunir num critério valorativo o fazer e o *não-fazer*. Parte do posicionamento de que o atuar do homem, como partícipe, leva a noção de ação à realização de um resultado socialmente relevante na esfera jurídico-penal, traduzido na produção de um evento típico.

Procurando superar os problemas que apresentam na tese finalista para aplicar seu *conceito de ação* nos tipos culposos, a teoria social da ação tem em conta um conceito próximo ao Direito Penal: *ação é o processo causal desenvolvido pelo homem que produz um resultado, querido ou não, mas socialmente desvalorado*. A ação penal é reprovável enquanto persiga ou possa produzir um evento anti-social. A teoria parte tanto da crítica da postura causalista, como da crítica da ação finalista. Em relação à primeira, **(a)** porque não pode ser definido exclusivamente atentando contra as leis da natureza produzido no mundo físico não tem relevância, pois o essencial é que implique uma relação valorativa com o mundo circundante ou social e, em relação à segunda, **(b)** porque na vida social é de importância não só o que o homem executa conforme a meta fixada, mas o que realiza contrariamente aos seus próprios fins pelo que o conceito de ação deveria ser configurado de tal modo que seja suscetível de ser valorado por padrões sociais, de deixar entrever uma relação com o mundo social circundante. E, conclui Maurach em seu *Deutsches Strafrecht*, que em suas origens o conceito social de ação via a ação como unidades de sentido funcional que devem ser compreendidas segundo as concepções, experiências e costumes da vida, importando uma atualização da conduta desde a atualidade de proteção do bem jurídico. Por tais motivos deveria se entender por *ação* “toda conduta voluntária dirigida ao mundo exterior social” ou “a realização de um resultado socialmente relevante”.

A diferença entre as doutrinas causal e final estaria para tal corrente na *tese social*, visto que seria a única para entender todas as classes de comportamento humano relevantes para o Direito Penal, e representar a mais alta unidade relativa a todos os fenômenos punitivos (função classificatória).

Desta forma, os partidários da ação social entendem que toda a conduta voluntária é dirigida ao mundo social exterior ou à realização de um resultado socialmente relevante. O *conceito social de ação* parte de uma valoração não jurídica. A tipicidade contém *per se* a prévia desvalorização

social. Tal *conduta socialmente relevante* pode consistir: **(a)** numa atividade finalista; **(b)** na causação de conseqüências domináveis pelo autor; **(c)** numa inatividade frente a uma *ação esperada*.

Entendemos que a *teoria social da ação* é orientada de diversas maneiras, porém as opiniões são concordes ao aceitar que se incluem no conceito de ação o significado social e a conseqüência de conduta corporal, só sendo considerada ação a *conduta socialmente relevante*. É um ponto de vista demasiado estreito, pois uma conduta relevante socialmente deve poder realizar o conceito de ação, não sendo admissível que constituam ação somente as circunstâncias externas (“ação humana é a estruturação responsável, provida de sentido, de realidade, com conseqüências causais que a vontade está em condições de dominar”).

Em resumo, em virtude das grandes controvérsias relativas às exigências que devem ser associadas ao *conceito de ação* dentro das *várias teorias e suas vertentes*, limita-se em saber se a ação deve ser tomada exclusivamente como *categoria do ser* (conceito ontológico) ou também como *categoria jurídica* (conceito jurídico).

Os críticos da teoria social da ação objetam: **(a)** ser causal; **(b)** não solver os problemas da tentativa e do crime omissivo; **(c)** há contradição entre a causação de um resultado socialmente relevante e a conduta nos tipos de mera atividade; **(d)** dá mais valor ao *resultado*, quando o que é fundamental é o *desvalor da conduta* (v. g., não haveria diferença entre uma ação de homicídio doloso e culposo por serem idênticos os eventos, realizando-se a distinção na culpabilidade e não no fato típico). Ao fundamentar a ação na realidade social os críticos afirmam que ela se projeta além da realidade jurídica, o que seria censurável por introduzir, no conceito, um elemento metajurídico.

Realmente, a teoria social da ação expõe uma *solução conciliadora* entre a pura consideração *ontológica* e a *normativa*, mas não responde à crítica. A ação seria “*das vom menschlichen Willen beherrschte oder beherrschbare sozialerhebliche Verhalten*” (a conduta socialmente relevante, dominada ou dominável pela vontade humana). Ora, tal conceito está ligado à estrutura pessoal do atuar e aos dados ontológicos na vontade e na sua manifestação.

7. A propósito, a construção neoclássica, que teve sustentáculo no causalismo alemão contemporâneo, e que encontrou em Mezger o seu melhor artífice, está em plena decadência em todas as suas variantes (Hellmuth

Mayer segue sistematizando a análise do delito por via do critério “objetivo-subjetivo”). Correta e bem lançada a análise de Zaffaroni (*Tratado de Direito Penal*), a quem adiro ao juízo crítico, de que os inconvenientes da teoria “neoclássica” se originam do fato de separar um conceito jurídico-penal da ação distinto do ôntico-ontológico e da dificuldade de trabalhar com um conceito de tipo privado dos elementos subjetivos necessários à individualização da conduta reprovável, confundindo o juízo de desvalor com o objeto desvalorado nos campos da antijuridicidade e da culpabilidade.

Sob tais fundamentos, após uma visão retrospectiva e crítica da busca da construção da teoria do delito em seus múltiplos e tortuosos caminhos, é inquestionável a admissão da *subjetivação do tipo* e de um *critério tripartido* (o dolo pertence ao tipo subjetivo, há independência da antijuridicidade e permanece a possibilidade de compreensão da antijuridicidade ao campo da culpabilidade e a separação completa do dolo de tal área).

Como bem salienta, na modernidade conceitual há *um finalismo ortodoxo e um finalismo heterodoxo*, sendo que o maior representante do finalismo heterodoxo foi Welzel, partindo da teoria da inexistência de um conceito jurídico-penal de ação para identificar o conceito jurídico-penal ao ôntico-ontológico.

Adotando uma postura heterodoxa, entendo que não será possível formar um conceito ontológico de dolo que fique apartado da vontade do legislador. Outros caem no vazio das inutilidades, pois, se entende como modo a abarcar o controle do processo de um acontecimento material e sem valor, não sendo idêntico ao dolo, visto que não gera dado novo para a teoria do erro, perdendo o conceito de ação seu caráter prévio, convertendo-se em um produto jurídico-normativo.

Como diz Roxin, é possível desenvolver-se as teorias do dolo e da participação desligando-se do conceito de ação e ratificando-se em seus próprios conceitos. No que tange à ação negligente, é correta a idéia de seu relacionamento e sua valoração com a conduta, o que não atinge por meio de um juízo de desaprovação sobre a causalidade.

A negligência não depende só da finalidade, mas da violação dos deveres jurídicos de cuidado, isto é, do elemento normativo.

É necessário para a elaboração de um juízo crítico em relação a *teoria final da ação* o estudo comparativo do desenvolvimento histórico da dogmática jurídico-penal, ressaltando que a importância da teoria final da ação se concentra em um aspecto decisivo para a *fundamentação da pena*,

que é a estrutura da conduta humana.

A melhor doutrina favorece a construção da teoria do ilícito da ação, (*Theorie vom personalem Unrecht*), que adotamos na modernidade do Direito Penal, observadas e ressaltadas as críticas e as contradições nos diversos seguimentos do finalismo, prevalente a posição heterodoxa, ponderada na avaliação crítica elaborada.

A teoria da ação teve o mérito de pavimentar o caminho para a teoria do ilícito da ação - um conceito superior que engloba condutas dolosas e objetivamente culposas como fundamento da pena, aceitando-se, majoritariamente, a inclusão do dolo no tipo subjetivo, como preconizava a teoria final da ação.

8. Qual o conceito que deverá ser aceito pelo intérprete da ação?

Aderimos, com algumas divergências, à “concepção finalista”, por entendermos que sua direção metodológica representa o melhor endereço doutrinal agora, no presente estágio, com a direção da teoria do ilícito da ação. Os corifeus da teoria social sustentam que não se trata de um jogo terminológico, mas “é um conceito fundamental de conteúdo concreto”, ou bem representa uma posição espiritualista frente à natural, ou retira a ação do subjetivismo radicalizado pelo finalismo, para conectá-la para uma valoração objetiva do conteúdo típico do injusto.

9. A meu sentir, a despeito do esforço de Jescheck tentando uma ponte entre o finalismo e o causalismo já desgastados, através da inclusão do dolo no tipo e de Wessels ao considerar uma estrutura pessoal da conduta e as suas circunstâncias ontológicas, vejo dificuldade intransponível em relação ao vetor unidade, sem relevância ou utilidade o conceito de relevância social. Como pontos positivos aponto a correção do excesso de subjetivação do finalismo e o descuidar do desvalor do resultado, para não eliminar o conceito de ilícito da ação.

A teoria da ação nos conduz ao conceito de ilícito, hoje, para a teoria do ilícito da ação (ilícito do ato), sendo de notar o desenvolvimento da concepção pessoal do ilícito nos últimos anos (*theorie vom personalem Unrecht*). Assim, o ilícito do resultado deve se situar dentro do conceito de ilícito, devendo-se ter cuidado para a tendência a incorporar todos os elementos subjetivos da ação punível no ilícito da ação, tornando vazio o conceito de culpabilidade. De outro lado, há o perigo de subjetivação das

causas de justificação excludentes da ilicitude, diante, sim, do convencimento subjetivo do autor sobre a existência de uma causa de justificação. Questiona-se a retirada do desvalor do resultado (delitos de resultado por tipos de perigo concreto e a equiparação da tentativa ao tipo consumado). Observamos que há penalistas que chegam a eliminação do desvalor do resultado desde o conceito do ilícito. A chamada *teoria do ilícito subjetivo* defende que o ilícito é constituído exclusivamente pelo desvalor da ação (radical), excluindo o desvalor do resultado, que só passaria a ter ressonância na fundamentação da pena (necessidade da reação penal). A meu sentir, na atualidade a melhor solução está na utilização do ilícito da ação e do ilícito do resultado como componentes paritários no conceito jurídico-penal do ilícito. Somente o conjunto de tais elementos caracterizará o ilícito do fato, existindo entre eles uma relação constante. No ilícito da tentativa inidônea só há possibilidade de comprovar-se o ilícito da ação e não do perigo realmente produzido. Na divisão do conceito de culpa em elementos do ilícito e da culpabilidade há decisivas vantagens, não só pela clara separação entre o ilícito e a culpabilidade nos fatos culposos, como de identificar a lesão geral de cuidado como fator decisivo.

A adequação social é um corretivo de rota insuficiente, não podendo ser admitida como causa extralegal de justificação. As causas de justificação não são normas de conduta, mas de permissão. Há um difícil problema de área de delimitação que se constitui na distinção entre a conformidade com o direito e a adequação social, bem como o devido dever de cuidado.

10. *Aí, está o valor histórico do finalismo*

Na realidade o finalismo não está acabado. Mas ocorre é que nos dias atuais surgem questões novas a que o finalismo *per se* não oferta qualquer resposta. Não se pode com isso dizer que o finalismo simplesmente fracassou. Deve-se ter cuidado com a posição de Roxin (*Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* - 1970), partindo de um ponto de vista idealista, defendendo uma construção de política criminal e teleológica trazendo a resposta penal sob o manto extremamente repressivo. ♦